

MARTINELE ALVES DE MORAES

**Decisão da ADI 4277, um caso de
Mutação Constitucional ou uma
Interpreta o Construtiva do Direito?**

BRASÍLIA
2013

MARTINELE ALVES DE MORAES

**Decisão da ADI 4277, um caso de
Mutação Constitucional ou uma
Interpreta o Construtiva do Direito?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão Curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

**BRASÍLIA
2013**

MARTINELE ALVES DE MORAES

**Decisão da ADI 4277, um caso de
Mutação Constitucional ou uma
Interpretação Construtiva do Direito?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão Curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini
Orientador

Examinador

Examinador

Agradeço em primeiro lugar a Deus por ter me guiado até aqui;

A meus pais e minhas irmãs pelo apoio e incentivo;

Ao Giovane, por todo carinho, companheirismo, paciência e suporte nos momentos difíceis;

Ao Dan e ao Ozzy, pela companhia incondicional;

Ao meu orientador, Alvaro Ciarlini, pelos conselhos na elaboração desta monografia.

RESUMO

A supremacia da Constituição Federal no ordenamento brasileiro dá ao judiciário força para resguardar os direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior. A presente monografia faz uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, que reconheceu a união homoafetiva como uma nova forma de família, tendo como foco verificar se houve a mutação constitucional de um entendimento anterior, ou se a decisão resultou de uma interpretação construtiva do direito, nos moldes da teoria apresentada por Ronald Dworkin. Nesse contexto são estudadas as formas de interpretação constitucional contemporâneas. Sendo examinadas as possibilidades de alteração constitucional formal e informal, além de um estudo do ativismo constitucional e da judicialização da política, frutos da expansão judiciária, e da constante evolução social e constitucional. Em razão da divergência doutrinária quanto à competência da Suprema Corte para exarar a decisão de reconhecimento da união homoafetiva, buscou-se estabelecer os limites possíveis para a interpretação criativa do direito, sem que esta invada a seara legislativa, notadamente a prática da autocontenção judicial, e os princípios políticos e jurídicos.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Teoria construtivista. Mutação Constitucional. União Homoafetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 CONSTRUTIVISMO CONSTITUCIONAL.....	8
1.1 Aspectos preliminares.....	8
1.2 Hermenêutica Constitucional e a epistemologia da construção.....	9
1.3 Teorias construtivistas	13
1.3.1 A Teoria Construtivista de Dworkin e o Direito como Integridade	14
1.3.2 Teoria Construtivista de Cappelletti.....	20
2 FORMAS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL	24
2.1 Reforma constitucional formal	24
2.1.1 Emendas Constitucionais.....	27
2.1.2 Revisão Constitucional.....	28
2.2 Mutação constitucional	29
2.3 Mutação Inconstitucional.....	33
2.4 Ativismo Judicial e a judicialização da política.....	35
3 LIMITES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – JUDICIAL REVIEW	39
3.1 Análise de caso – ADI 4277 - União estável homoafetiva	39
3.1.1 Mutação Constitucional ou Interpretação Construtiva do Direito?	44
3.2 Autocontenção – Self-Restraint	47
3.3 Princípios Políticos e Jurídicos	48
3.4 Atuação da Suprema Corte Brasileira.....	50
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função jurisdicional, tem sido constantemente demandado a solucionar casos tidos como polêmicos pela doutrina e sociedade. No entanto, gravita em torno dessas decisões a problemática dos limites da atuação da Suprema Corte Brasileira.

Dentro dos julgados mais recentes, grande relevância teve a decisão proferida no âmbito da ADI 4277, na qual os ministros do Supremo, por unanimidade, reconheceram como um direito constitucionalmente válido a união estável homoafetiva, entendendo esta união como uma entidade familiar, e embasando tal decisão nos princípios fundamentais da Constituição.

No julgamento desta ADI, na parte em que é afirmado que os Ministros “reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar”¹ permite questionar se esta decisão é um caso de mutação constitucional, ou trata-se de uma interpretação construtiva do direito, bem como se esta transbordou os limites de interpretação do direito.

Para melhor compreensão, no primeiro capítulo analisaremos a teoria construtiva do direito, conceituando-a sob as concepções dadas por Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti.

Assim, serão apresentadas as mudanças ocorridas na hermenêutica jurídica, os métodos de interpretação constitucional, bem como a dita “Nova Hermenêutica Constitucional”, demonstrando que por meio de uma interpretação construtivista as normas constitucionais são interpretadas considerando-se os princípios e valores presentes na comunidade, e ainda a criatividade dos juízes ao interpretar e aplicar as normas constitucionais.

No segundo capítulo, trata-se de apresentar as formas pelas quais é possível efetuar alteração nas normas constitucionais, demonstrando que as alterações podem ser formais, quando efetuadas por meio de uma revisão ou emenda, ou informais, por meio de uma mutação constitucional ou inconstitucional. Sendo também realizada uma análise do ativismo judicial e da judicialização da política, suas causas e características.

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF.

Por fim, o último capítulo será dedicado à jurisdição constitucional, por meio da análise da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, de forma a averiguar se o reconhecimento dado às uniões homoafetivas foi um caso de mutação constitucional, por meio de uma alteração no entendimento das normas, ou se ocorreu uma construção interpretativa, baseada em princípios constitucionais.

Serão, ainda, apresentadas como limites ao Judicial Review a autocontenção judicial, e os meios pelos quais esta pode ser realizada, bem como a limitação interpretativa dada pelos princípios políticos e jurídicos, de modo que possa ser atestado se houve um transpassamento dos limites constitucionais impostos à Suprema Corte ao decidir casos difíceis.

1 CONSTRUTIVISMO CONSTITUCIONAL

1.1 Aspectos preliminares

O Direito Constitucional passou por severas transformações, principalmente no pós-guerra de 1945. No moderno Estado de Direito desenvolve-se o modelo de supremacia da Constituição, no qual o poder judiciário ganha força para garantir os direitos e liberdades fundamentais. Em decorrência da Supremacia Constitucional, foram abertos espaços para a construção de uma teoria da interpretação que se coadune com as novas aspirações Constitucionais².

Partindo-se do pressuposto que a interpretação nunca é definitiva, sendo “um caminho que nunca se conclui”³, a norma só alcança seu princípio fundamental quando a mesma é aplicada ao caso em espécie, por meio de uma decisão judicial⁴. A interpretação de uma norma constitucional consiste em reconstruir o conteúdo da lei, de modo a obter-se a solução jurídica adequada aos litígios que se apresentam. Há, portanto, uma busca para se clarificar o sentido da norma jurídica⁵.

Algumas leis são mais claras do que outras, ensejando uma limitação no poder de interpretação na medida em que o texto for mais claro, no entanto, uma mesma norma pode ou não ser clara, a depender do caso prático⁶.

Nas palavras de Larenz:

“(...) “Interpretação” (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, “desentranhamento” (*Auseinanderlegung*), difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação “faz se falar” este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja”⁷.

² QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 16-17.

³ GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário Vol. 72, 1983, p. 71.

⁴ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p.355.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.437.

⁶ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 104-105.

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, todas as normas estão sujeitas à interpretação. Modernamente o preceito “in claris cessat interpretativo” perdeu o sentido, pois ao aplicar a lei, o jurista já está exercendo um tipo de interpretação⁸.

A norma constitucional, por seu caráter aberto e fragmentado, conduz a uma atividade interpretativa na qual a finalidade precípua é alcançar a concretização da norma abstrata ao caso concreto⁹.

Aduz Cristina Queiroz que norma e texto não se confundem. A norma é o fundamento da interpretação, sendo obtida por meio de uma construção jurídica, também denominada de concretização judicial¹⁰.

E é nessa concepção que a interpretação e a construção caminham juntas, com a finalidade de adequar a norma ao caso concreto, pois ao aplicar a norma ao caso concreto, o aplicador do direito está, na verdade, construindo a norma de decisão adequada ao caso analisado¹¹.

1.2 Hermenêutica Constitucional e a epistemologia da construção

O século XX foi palco de uma paradigmática mudança na forma como o direito constitucional era entendido. No pós-guerra de 1945, a supremacia do poder legislativo cedeu lugar à supremacia da Constituição. A Constituição deixa de ser vista como apenas um documento político, passando a prevalecer a teoria da força normativa da Constituição, baseada no modelo Norte-Americano. Os direitos fundamentais, agora dentro da Constituição, são protegidos pelo poder judiciário.¹²

Antes da Segunda Guerra Mundial, dominava o modelo positivista liberal, no qual a interpretação da norma era apenas em relação ao texto. Não havia a aplicação de princípios ou normas de fundo, o direito não era interrogado, ou criticado.¹³

⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

⁹ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo S. A hermenêutica Constitucional à luz da racionalidade. *Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania*, Brasília, IDP, 2012, p. 5-39. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/cat_view/115-ebooks> Acesso em 11 mar. 2013.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 121.

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p.22.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262-263.

¹³ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 17.

Até então, a hermenêutica era voltada para a vontade da norma, cabendo ao intérprete apenas aplicar a norma ao caso concreto. O juiz ao interpretar, limitava-se ao conteúdo da norma constitucional, não buscava conclusões fora do texto, estava vinculado à idéia de legalidade das normas, uma vez que prevalecia a interpretação baseada no aspecto formal, em detrimento do aspecto material¹⁴. Para Bonavides, o Direito Constitucional era um direito sem interpretação, situação que somente foi alterada a partir da década de 50.¹⁵

Segundo Gadamer a hermenêutica é a “teoria ou a arte da interpretação”, e que apesar de ser “uma velha questão”, contemporaneamente atualizou-se, expandindo seu campo de aplicação¹⁶.

Com o novo Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, ocorre uma superação do positivismo pelo pós-positivismo, e o consequente fortalecimento da Constituição. Desenvolve-se uma nova hermenêutica, com a valorização da interpretação jurídica embasada em princípios, que passam a integrar a Constituição, bem como em ressaltar a diferenciação dos princípios em relação às regras.¹⁷

A “Nova Hermenêutica Constitucional” vem romper com a hermenêutica jusprivativista, na qual a subsunção era a regra. Passou-se de uma hermenêutica estritamente dedutiva para uma nova hermenêutica, de cunho indutivo. Conforme esclarece Bonavides:

“Com efeito, na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam”.¹⁸

Portanto, a Constituição deixa de ser vista estritamente de forma legalista, e passa a ser compreendida como um direito¹⁹, sendo ao jurista aberta a possibilidade de interpretar as normas jurídicas de forma criativa.

A importância dessa nova hermenêutica constitucional assenta-se no fato de que é possível alterar o sentido das normas constitucionais, ou seja, dar-lhes um novo

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 464-467.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 595.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário Vol. 72, 1983, p. 57.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-249.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 648.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

entendimento, com a manutenção do texto original da lei. Através dos métodos interpretativos, é possível preservar a constituição, garantindo estabilidade jurídica quando a realidade social é alterada, ou o sistema entra em crise²⁰. Com isso, os modelos de decisão estarão continuamente adequados ao momento histórico vivido²¹.

Existem diferentes métodos utilizados pela hermenêutica jurídica para a interpretação das normas, cada um com características que lhe são peculiares.

No método clássico de interpretação constitucional, também conhecido como hermenêutico clássico, as questões se resolveriam mediante a subsunção da norma ao caso concreto, não sendo necessária a criatividade judicial²².

O método tópico-problemático, contrapondo-se ao método clássico, parte da resolução do problema. Sustenta que por meio de um diálogo aberto de argumentação, seja possível adequar a norma constitucional ao problema concreto²³.

O método hermenêutico concretizador parte da pré-compreensão do sentido por meio de seu intérprete, que exerce uma função criativa na interpretação constitucional, ao buscar a concretização da norma quando confrontada com um caso concreto.²⁴

Para o método Integrativo ou Científico-espiritual a interpretação da norma constitucional sempre é aferida levando-se em conta o todo, assim, o intérprete busca a integração espiritual da lei com a realidade.²⁵

No método Normativo Estruturante o intérprete deve levar em conta tanto os elementos resultantes da interpretação normativa, quanto os elementos advindos da investigação do domínio normativo, ou seja, o texto e a realidade social a ser contemplada.²⁶

Necessário faz se mencionar o método estrutural-funcionalista da “policy oriented school of jurisprudence”, segundo o qual, por meio da aplicação de técnicas interdisciplinares, as lacunas do direito são aproximadas das expectativas gerais dominantes

²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 71.

²¹ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo S. A hermenêutica Constitucional à luz da racionalidade. *Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania*, Brasília, IDP, 2012, p. 5-39. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/cat_view/115-ebooks> Acesso em 11 mar. 2013.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1211.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1212.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 479.

²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p 90.

na sociedade, de modo que a interpretação seja feita num sistema “acerca” do direito e não “sobre” o direito.²⁷

Segundo Cristina Queiroz:

“Aplicada à actividade da *Supreme Court*, significa que o Tribunal Supremo poderá decidir agora não apenas na base da lei (ou da constituição escrita), mas ainda “à luz” de “princípios de justiça” (principles) ou mesmo de “política jurídica” (policies) em ordem a promover à evolução/transformação da sociedade”.²⁸

Desse modo, haveria a aplicação de uma jurisprudência definida como “a mais democrática”.²⁹

Ressalta-se que não é possível estabelecer o “método justo” de hermenêutica, sendo a interpretação das normas constitucionais alcançada por um conjunto de métodos baseados em critérios ou premissas que se complementam.³⁰

Quando a interpretação constitucional envolve um *caso fácil*, este normalmente pode ser solucionado por meio da subsunção da norma ao caso concreto. No entanto, em se tratando de *casos difíceis*, o intérprete destaca-se ao integrar os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios por meio de uma atividade concretizadora e também construtiva.³¹

Conforme preleciona Cristina Queiroz, “O juiz quando interpreta um texto constitucional dado cria direito, pelo menos a dois níveis: enuncia uma norma geral e uma norma de decisão”³². O jurista ao interpretar a norma constitucional cria princípios científico-jurídicos, com os quais irá comparar ao caso individual. Ao exercer tal interpretação constitucional, o juiz se afasta da subsunção normativa por meio de uma construção jurídica, na qual busca escolher a melhor solução ao litígio apresentado.

O construtivismo mostra-se de grande relevância, conforme aduz Roberto Barroso:

²⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 146.

²⁸ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 147.

²⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 148.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1210.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.286-287.

³² QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p.3.

“Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a texto ou outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”.³³

Epistemologicamente³⁴, a teoria construtivista tem um viés normativo e político. Normativo, pois há um afastamento do modelo tradicional da subsunção do fato a uma norma jurídica, uma vez que o jurista busca reconstruir o conteúdo da lei, de modo a obter-se a solução jurídica adequada ao caso concreto. E político, pois parte de uma nova aceção da clássica separação de poderes, na medida em que a divisão, antes rígida entre os poderes, cede espaço a um sistema de freios e contrapesos, tendo a Constituição supremacia, pairando acima de todos³⁵.

1.3 Teorias construtivistas

Com a nova forma de compreensão do direito Constitucional, advinda das mudanças ocorridas na organização política dos Estados no pós-guerra do século XX, a forma tradicional de interpretação constitucional deixou de satisfazer plenamente a sociedade na resolução das controvérsias surgidas em função da expansão e soberania das normas constitucionais. A hermenêutica contemporânea vê surgir uma nova dogmática interpretativista, ou seja, um Neoconstitucionalismo, termo que procura destacar as novas aceções da teoria jurídica, tendo como consequência uma reformulação no estudo do direito, com enfoque no novo posicionamento do intérprete do direito³⁶.

Essa nova forma de interpretação adveio também da mudança de paradigma no entendimento e elaboração dos direitos fundamentais, notadamente no direito de

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 270.

³⁴ O termo epistemologia é aqui utilizado segundo a aceção que lhe deu Cristina Queiroz no livro *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 4.

³⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p.3.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

propriedade e no princípio de igualdade. A dicotomia entre normas, princípios e valores passa a ser estudada e aplicada na interpretação constitucional³⁷.

A construção constitucional originou-se nos Estados Unidos, e por seu intermédio, a constituição Americana não ficou paralisada no tempo, acompanhando as mudanças que ocorreram tanto na sociedade, quanto na política³⁸.

A construção constitucional possui um critério extrajurídico, e tem uma natureza política, buscando confrontar os elementos que compõe o texto constitucional, com os elementos que estão fora do texto, quais sejam, os princípios e os valores³⁹.

As Teorias Construtivistas, cujas reflexões têm exercido grande influência ao redor do mundo, apresentam um entendimento no sentido do jurista interpretar normas constitucionais tendo em conta precipuamente aos valores da comunidade, alinhando o texto à realidade social na consecução da melhor interpretação possível para a sociedade, por meio de uma interpretação concretizadora e construtiva, ao passo em que o significado atribuído à norma ultrapassa o texto escrito⁴⁰.

1.3.1 A Teoria Construtivista de Dworkin e o Direito como Integridade

No prefácio do livro *O Império do Direito*, Ronald Dworkin questiona “como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”⁴¹ Partindo de um conceito do direito como interpretação, Dworkin sustenta ser necessária uma mudança de direção no modo com o direito é interpretado⁴².

Segundo Dworkin o livro supra “é sobre a divergência teórica no direito”⁴³, e para esclarecer os pontos de divergências, o autor explica que dos processos judiciais exsurgem “três diferentes tipos de questões. As questões de fato, as questões de direito e as

³⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 247-249.

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 48.

³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 47.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, prefácio.

⁴² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.

questões interligadas de moralidade política e fidelidade⁴⁴ em uma comunidade de princípios. Nas questões de direito é que as divergências apresentam o problema, uma vez que advogados e juízes frequentemente divergem sobre a lei que vai reger o caso⁴⁵.

Apresentando a interpretação por meio da Teoria do Construtivismo, Dworkin compara a interpretação apresentada em sua teoria com a interpretação artística. Dworkin as designa de interpretação criativa, na medida em que nos dois tipos de interpretação, o significado pretendido é distinto do seu criador. Para o autor, a interpretação criativa é uma interpretação construtiva, ao tempo em que propósito e objeto dialoguem, por meio de uma influência recíproca. Ele esclarece que a interpretação tem por finalidade, mostrar a melhor face do objeto de modo que esta seja a melhor decisão possível dentre as opções disponíveis⁴⁶.

Dworkin estabelece as três etapas de interpretação, para “refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social”⁴⁷.

Preliminarmente, existe a etapa chamada “pré-interpretativa”, onde serão identificados os conceitos de regras e padrões que permitem efetuar a interpretação almejada. O consenso da comunidade quanto às regras sociais faz se necessário nessa etapa, sendo possível dispensá-la caso os conceitos já façam parte dos hábitos da comunidade, não mais sendo questionados. O autor ressalta que nesta etapa alguma interpretação já é feita⁴⁸.

Segue-se uma segunda etapa, denominada *interpretativa*, na qual o intérprete deve encontrar justificativas morais das práticas da comunidade, conforme aferidas na etapa anterior. A justificativa deve ser suficientemente ajustada, pois a finalidade é interpretar tal prática, e não criar uma nova⁴⁹.

Finalmente, na etapa pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete ajusta seu entendimento quanto ao que a prática social requer, adequando ao que ele aceita como justificável na etapa interpretativa⁵⁰.

Dworkin condensa estas três etapas em uma busca por equilíbrio:

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-6.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-6.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63-64.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82.

“Poderíamos resumir essas três etapas na observação de que a interpretação procura estabelecer um equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa de uma prática social e uma justificativa apropriada de tal prática... A interpretação de uma prática social procura equilíbrio entre a justificativa da prática e suas exigências pós-interpretativas”⁵¹.

O autor aponta que a controvérsia em relação à medida da prática que todos interpretam é inevitável, sendo mais controvertida ainda em relação à melhor justificativa apresentada⁵². Contudo, tal controvérsia não tira a eficácia do processo de interpretação.

A teoria construtivista segundo Dworkin “trata diversamente, da busca de uma justificação coerente para todos os precedentes, dispositivos legais e costumes, princípios convencionais e filosóficos presente em uma determinada comunidade”⁵³, tendo como papel principal em sua teoria as instituições, o caráter, os princípios, a responsabilidade política, os direitos e os deveres⁵⁴.

Com a construção dessa Teoria, Dworkin busca reduzir a discricionariedade judicial ao decidir casos difíceis. Conforme o autor esclarece “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado”⁵⁵.

Daniela Ikawa, em estudo comparativo entre a divergência do conceito de discricionariedade entre Hart e Dworkin, esclarece que Dworkin define a discricionariedade por meio de três acepções:

“A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. Essa terceira acepção estaria por fim ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis”⁵⁶.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82.

⁵² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

⁵³ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em: 28/03/2013 p.104

⁵⁴ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em: 28/03/2013 p.104-105.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.306.

⁵⁶ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em: 28/03/2013 p. 98.

Dworkin considera que uma lei só pode ser tida como obscura quando for possível aplicar mais de um entendimento a duas interpretações controversas⁵⁷. Nesse caso, por meio da aplicação de sua teoria, através da justificativa moral da interpretação, as lacunas são preenchidas, mitigando “a existência de discricionariedade judicial em sentido forte⁵⁸”, sendo possível que a lei abranja os casos difíceis, permitindo ao juiz exercer apenas uma fraca discricionariedade.

Dando prosseguimento à sua concepção interpretativista do direito, Dworkin define três tipos de aceções antagônicas na prática interpretativa do direito, quais sejam, o “convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade”.⁵⁹

O convencionalismo parte do pressuposto de que são explícitas e incontestáveis as decisões políticas do passado⁶⁰. Dworkin esclarece que no convencionalismo “os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias”⁶¹, ou seja, tratando como direito o que as convenções assim definem. Contrapondo tal coerência, o autor esclarece que o juiz não deveria olhar para o passado em busca da melhor interpretação de uma lei ou da Constituição, mas sim buscar uma coerência de princípios como fonte do direito, a fim encontrar justificativas para as decisões passadas⁶².

No pragmatismo os juízes justificam o uso da coerção da decisão para garantir um futuro promissor para a comunidade. Ao contrário do convencionalismo, o pragmatismo olha para o futuro. Contrapondo a busca da melhor justificativa dos direitos das pessoas por meio dos princípios, Dworkin afirma que o pragmatismo “adota o ponto de vista de que elas nunca teriam direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito”⁶³.

Contrapondo as aceções anteriores, Dworkin apresenta sua tese do direito como integridade, na qual a virtude da integridade nas questões importantes é uma exigência quando existe uma controvérsia jurídica. Essa mesma integridade exigida das pessoas torna-se

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 421.

⁵⁸ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf> \. Acesso em: 28/03/2013 p. 101.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.118.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.141.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.144.

⁶² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.163.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.186.

um ideal político a ser buscado do Estado, devendo este agir segundo um conjunto único de princípios⁶⁴.

O direito como integridade de Dworkin vem complementar sua teoria construtivista, na medida em que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁶⁵”.

O princípio da integridade é dividido por Dworkin em duas espécies de princípios: o da integridade na legislação e o da integridade no julgamento. O princípio de integridade na legislação demanda que o direito esteja alinhado aos princípios ao ser criado pelo legislador. Já o princípio da integridade no julgamento demanda que o jurista ao decidir o que é a lei, decida em coerência com os princípios estabelecidos, de sorte a aferir as normas implícitas⁶⁶.

No julgamento de uma demanda, ao fazer um juízo interpretativo usando de criatividade e integridade, o juiz deve buscar a melhor decisão do ponto de vista da moral política, adaptando sua interpretação ao passado, justificando-a até onde seja possível. Essa forma de interpretação é complexa, ao tempo em que é necessária a busca por um equilíbrio entre variadas formas de convicções políticas. Para clarificar essa estrutura interpretativa, Dworkin utiliza o exemplo do juiz Hércules, em suas palavras “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade⁶⁷”.

Dworkin esclarece que Hércules está distante dos juízes verdadeiros, ele é mais reflexivo e autoconfiante do que os juristas de verdade. Não contando também com a limitação temporal, pois trabalha mais rápido, e tem um tempo disponível bem maior, que lhe permite analisar ideias de uma forma muito mais ampla⁶⁸.

Na busca pela melhor resposta, ao interpretar o que uma lei declara Hércules parte do pressuposto que os legisladores que estabeleceram a lei são seus antecessores na criação em cadeia. A análise da parte histórica da criação da lei é necessária, bem como as questões políticas, contudo, Hércules não faz uma interpretação conversacional, sob o ponto

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.202.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.272.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 316.

de vista do estado mental do legislador, mas sim uma interpretação construtiva⁶⁹. Conforme aduz Dworkin na seguinte passagem:

“Ele entende a idéia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei. Ele anota as declarações que os legisladores fizeram no processo de aprová-la, mas trata-as como eventos políticos importantes em si próprios, não como evidências de qualquer estado de espírito por detrás delas. Assim, não tem nenhuma necessidade de precisar pontos de vista sobre o estado de espírito dos legisladores, ou que estados de espírito são esses, ou com ele fundiria todos em algum superestado de espírito da própria lei. Tampouco supõe um momento canônico de discurso para o qual sua pesquisa histórica se dirige; a história que ele interpreta começa antes que a lei seja aprovada e continua até o momento em que deve decidir o que ela agora declara”⁷⁰

Hércules utiliza a integridade e a equidade para atingir a justiça e a sabedoria. Em observância à integridade, ao utilizar uma lei específica, é necessário que ele justifique de forma alinhada à lei, sopesando os princípios que mais se ajustem a ela. Em atenção à equidade, é possível que Hércules considere a opinião pública, caso esta se mostre como um sentimento geral, uma vez que ele não iria impor suas opiniões contrapondo o consenso de toda uma comunidade⁷¹.

Sendo a Constituição uma norma de caráter superior, a base do ordenamento jurídico, demanda um julgamento político, especial e complexo. Cabe destacar que Hércules não é um passivista, que mostra um grande respeito pelas autoridades legisladoras. Não sendo também um ativista, uma vez que este é plenamente condenado pelo direito como integridade. Dworkin se opõe ao modelo de juiz historicista e passivo, criticando também o ativismo, sendo por ele considerado com um pragmatismo tosco⁷².

Segundo Dworkin:

“Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”⁷³.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 379.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 380.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 407-409.

⁷² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 441-453.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 451-452.

Ao interpretar devidamente a Constituição, Hércules reconhece que existem complexas virtudes políticas, e por isso busca a “melhor interpretação possível da prática e do texto constitucional”, de forma que tal interpretação construtiva se coadune aos princípios constitucionais⁷⁴.

1.3.2 Teoria Construtivista de Cappelletti

Mauro Cappelletti no livro “Juizes Legisladores?” levanta a problemática da criatividade dos juizes ao interpretar uma lei. Ele questiona se há produção de direito nas decisões jurisdicionais, exercendo os juizes uma função supletiva de legislador⁷⁵.

Rompendo com o antigo entendimento de que ao juiz cabia apenas declarar o direito, abstendo-se de qualquer criatividade, tal como a tradição justiniana, que proibia qualquer comentário à sua *Corpus Juris*, e o pensamento montesquiano, no qual o juiz era considerado apenas a “inanimada boca da lei”, Cappelletti afirma que o juiz é um “inevitável” criador do direito⁷⁶.

Dentre as causas apontadas para essa mudança de paradigma, Cappelletti destaca a expansão do direito legislativo, que conduziu à expansão do direito judiciário não só nos países que adotam o sistema de “Common Law”, mas também nos de “Civil Law”⁷⁷.

Cappelletti aponta que com a expansão legislativa, houve a criação do *welfare state*, ou o Estado de bem-estar social. Com o grande crescimento das atividades legislativas a fim de garantir o Estado social, os legisladores passaram a intervir em praticamente todos os domínios, e essas intervenções para serem postas em prática necessitavam da máquina administrativa. Gradualmente o legislativo tornou-se lento, e não mais conseguindo responder no tempo necessário a todas as demandas legislativas, viu-se forçado a transferir parte de suas atribuições ao executivo, acarretando na transformação do *welfare state* em um Estado Administrativo⁷⁸.

⁷⁴ DWORIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 474.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.13.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24-31.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.18.

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.39-44.

Com toda essa transformação, o judiciário viu-se entre dois gigantes, o legislativo e o administrativo, daí surgindo a necessidade de erigir-se como terceiro gigante “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatesco administrador⁷⁹”, ou seja, para manter o equilíbrio por meio de um sistema de controle e contrapesos. Cappelletti considera esse como o ramo menos perigoso nessa nova realidade contemporânea⁸⁰.

Essa ambivalência de entendimento do juiz como um criador do direito para os dois sistemas distintos, tanto Commom Law quanto Civil Law, dá-se em função da superação das diferenças que tem ocorrido entre as duas maiores correntes jurídicas contemporâneas, tais como a criação de tribunais constitucionais por vários países de sistema “*Civil Law*”, nos quais foi adotado o controle de constitucionalidade das leis pelo poder judiciário⁸¹. Segundo o autor:

“Podemos concluir, portanto, no sentido de que nos últimos anos ou decênios, em crescente número de países de civil law, o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu com aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países de commom law.”⁸²

Um dos motivos apontados pelo qual a criatividade, antes repudiada, e hoje está cada vez mais intensificada, é descrita por Cappelletti como “Revolta do Formalismo”, insurgida contra o formalismo americano, o positivismo francês e o formalismo “científico” e conceitual alemão⁸³.

Para Cappelletti, a grande questão não é diferenciar a interpretação de criação do direito. O importante no atual momento histórico é definir o grau de criatividade e estabelecer quais os limites aceitáveis dessa criatividade⁸⁴.

O exercício da atividade criadora do direito é inevitável, mas sujeita a vínculos que estabelecem limites processuais e substanciais. Os limites processuais são considerados pelo autor como essenciais pela sua natureza, ou condição *sine qua non*. Já os limites substanciais se apresentam conforme a fase histórica e o momento vivido pela sociedade na qual a lei será aplicada. Tais limites sustâncias podem ser entendidos, dentre outros, como precedentes judiciais, leis esparsas ou códigos⁸⁵. No entanto estes não estão sujeitos à criação livre e arbitrária pelos magistrados. Conforme explicita Cappelletti “em um

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.47.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.53.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.116-125.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.128.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.32.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.21.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.24.

grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”⁸⁶.

Cappelletti entende que em toda escolha também está presente certa discricionariedade, contudo essa discricionariedade não implique, necessariamente, em arbitragem:

“Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”.⁸⁷

Para Cappelletti a criatividade advém da discricionariedade, pois quanto mais uma lei é imprecisa ou obscura, ou ainda, tem um caráter aberto, maior é a discricionariedade jurisdicional a ser exercida, e consequentemente, aumenta a criatividade do juiz na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto⁸⁸.

Em razão dessa acentuada criatividade jurisdicional Cappelletti questiona se os juízes acabam por invadir a seara legislativa. Ele entende que a atribuição dos juízes contemporâneos é ser criador de direito, cabendo-lhes o papel de interpretar, mas não a serem legisladores. Conforme o autor afirma quanto aos juízes, “efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores”⁸⁹.

O modo de criação do direito legislativo é substancialmente diferenciado do direito judiciário. Na criação judicial, o juiz não tem interesse na causa, pois é imparcial, respeita o contraditório e não age *ex officio*. Contrariamente, não há problemas em os legisladores tenham interesses nas matérias por eles criadas. Além disso, a sociedade espera que os administradores e legisladores não sejam passivos. Mas atuem em favor dos interesses da coletividade⁹⁰.

No entanto, quando as cortes supremas emitem diretivas gerais interpretativas, vinculantes aos outros tribunais, e sem estar conecta a um caso em concreto,

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.26.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.33.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.42.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.74.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 75-77.

ou quando suas decisões têm por característica uma eficácia *erga omnes*, nesses casos Cappelletti entende que estão os juízes agindo como legisladores⁹¹.

Cappelletti justifica que a criação do direito não é antidemocrática, uma vez que existe representatividade política no judiciário quando, citando como exemplo os Estados Unidos, os juízes da Suprema Corte são nomeados pelo Presidente com o consentimento do Senado. Tal prática ocorre com certa frequência também nos países que adotam o sistema *Civil Law*, em razão da já explanada superação em parte das diferenças entre os dois sistemas⁹².

A democracia não pode estar sujeita aos anseios das maiorias, e é no sistema judiciário que muitos grupos marginalizados encontram suporte para suas demandas. Nesse ponto um judiciário ativo, cujas decisões estejam revestidas de criatividade, pode contribuir de forma significativa com a manutenção do Estado Democrático de Direito⁹³.

A teoria de Cappelletti defende a expansão criativa do judiciário, mas de acordo com a situação evolutiva de cada país, bem como as novas demandas sociais, lembrando que todas essas situações são mutáveis, e pedem uma criatividade maior ou menor, conforme seu momento histórico⁹⁴.

A criatividade da função judiciária deve ser seguida de uma justificação aberta quanto ao real motivo da decisão jurídica, de forma que as escolhas judiciais sejam claras para qualquer do povo, possibilitando, caso seja necessária, uma possível intervenção legislativa, ensejando no equilíbrio por meio do sistema de freios e contrapesos⁹⁵.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 81.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 96-106.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 107.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 112-113.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 132.

2 FORMAS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Reforma constitucional formal

A constituição, por sua característica de norma permanente, consigna a reforma constitucional com a finalidade de permitir uma adequação normativa às evoluções históricas e às alterações sociais, de modo que a constituição perdure no tempo⁹⁶.

Por tratar-se de uma norma estruturante, uma constituição não pode querer abarcar todas as situações passíveis de ocorrer em uma comunidade, principalmente tendo em conta que as sociedades estão em constante evolução⁹⁷. Disso decorre a necessidade de atualizações do texto constitucional, para garantir que uma constituição se perdure no tempo.

Uma constituição deve permitir-se adaptar aos novos tempos, mas também não pode autorizar alterações diante de qualquer situação. Buscando um equilíbrio entre o binômio adaptabilidade e estabilidade é que foram estipuladas as condições para que haja uma alteração formal do texto constitucional⁹⁸.

Uma alteração constitucional pode ser necessária em razão de mudanças na situação normativa, derivadas de alterações fáticas, nas quais a lei prevista pelo legislador já não se adequa às novas relações sociais⁹⁹.

Os meios formais de alteração do texto constitucional são reforma, emenda e revisão. Barroso os diferenciando, esclarece que:

“Reforma, assim, identifica o gênero alterações no texto constitucional, compreendendo tanto mudanças pontuais, quanto as mudanças abrangentes. Emenda, no direito constitucional brasileiro, designa modificações supressões ou acréscimos feitos ao texto constitucional mediante o procedimento específico disciplinado na Constituição. E revisão é a designação de reformas extensas ou profundas da Constituição”¹⁰⁰

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.134.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

⁹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 495.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.145.

José Afonso da Silva aduz que tal distinção foi aplicada com mais significância pelas Constituições de 1934 e 1946, a atual Constituição mantém a emenda e a revisão como únicas formas de alteração formal da Constituição Brasileira¹⁰¹.

As constituições podem ser rígidas ou flexíveis. As constituições flexíveis não demandam nenhum procedimento especial para suas alterações, podendo ser alteradas pelo mesmo meio procedimental utilizado para criação de uma lei ordinária. Já as constituições rígidas, como a Constituição Brasileira, demandam um procedimento de alteração solene e mais difícil¹⁰². Segundo Canotilho “a rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior à de qualquer lei ordinária¹⁰³”.

A rigidez de uma Constituição não é marcada pela forma como esta pode ser revista, a determinação de um processo mais dificultoso de revisão demonstra o tipo de escolha efetuada pelo constituinte originário, ensejando em uma garantia e consequente estabilidade à Constituição¹⁰⁴.

O poder constituinte se divide em poder constituinte originário e poder constituinte derivado. O poder constituinte originário não é limitado pelo sistema jurídico anterior em razão das suas características políticas e históricas¹⁰⁵. No entanto existem certos limites dos quais o constituinte não pode se afastar, pois não há uma ilimitação plena, conforme lembra Canotilho:

“(...) este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado, e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supraleais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte”¹⁰⁶.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.82.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p.215.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1059

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.146.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 81

Este poder tem por finalidade a elaboração de uma norma estruturante suprema, e tem por titular o povo, que exerce tal poder por meio de seus representantes¹⁰⁷.

O poder constituinte originário ao elaborar a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de reforma da constituição por meio de um poder constituído, ou seja, um poder constituinte derivado, com poderes para modificar a Constituição segundo limites por ela mesmo estabelecidos. A Carta Magna prevê que caberá ao Congresso nacional discutir e votar uma proposta de emenda constitucional, sendo, portanto, o Congresso o titular do poder constituinte derivado¹⁰⁸.

O poder revisor está limitado em relação ao poder constituinte originário. Canotilho assevera que o poder constituinte originário tem um status superior em comparação ao poder constituinte derivado, salientando que o poder constituinte pode demandar alinhamento entre os princípios fundamentais já insculpidos na constituição, e as novas regras a serem introduzidas pelo poder de revisão¹⁰⁹.

A modificação constitucional está sujeita a limitações temporais, circunstanciais e materiais.

As limitações temporais objetivam que ao texto constitucional seja assegurada estabilidade a fim de que a nova legalidade constitucional possa ser consolidada. As limitações circunstanciais visam impedir alterações sob influência de certos momentos históricos de anormalidade constitucional, tais como previsto no artigo 60, § 1º da Constituição brasileira, quando sob intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio¹¹⁰.

As limitações materiais ou formais referem-se a determinadas matérias às quais a Constituição veda que sejam objeto de reforma, em razão da natureza essencial de tais matérias. Estas são estabelecidas no ordenamento brasileiro como cláusulas pétreas¹¹¹.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 72-75.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.64-65

¹⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p 1059-1060.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 200.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.159.

Conforme esclarece Gilmar Mendes quanto à proteção dada às cláusulas pétreas:

“Pode-se assentar que, adotada a ideia de que as cláusulas pétreas contém uma proibição de ruptura de princípio, haverá de ser considerada inconstitucional toda alteração que acarrete uma alteração significativa de postulados basilares do modelo constitucional protegido pelas garantias de eternidade ou pelas cláusulas pétreas, seja no que diz respeito aos direitos individuais, à divisão de poderes ou ao direito ao sufrágio direto e secreto”.¹¹²

As revisões podem ser totais ou parciais. Nas revisões parciais é possível haver supressão, substituição ou aditamento de normas. A revisão total consiste na alteração de todo o texto constitucional, consistindo numa ruptura com o ordenamento vigente, esse tipo de revisão não poderá ser efetuado utilizando os procedimentos estabelecidos para a revisão parcial¹¹³.

2.1.1 Emendas Constitucionais

As emendas constituem a via permanente de alteração da Constituição Brasileira. Por meio de uma emenda é possível a adequação da norma superior às evoluções pelas quais as sociedades estão constantemente sujeitas¹¹⁴.

Os ritos para inserção de uma emenda constitucional são mais rígidos, cabendo ao legislador observar as determinações em relação ao quórum qualificado, a quantidade necessária de votos a serem obtidos para a aprovação, bem como quem está autorizado a apresentar proposta de emenda¹¹⁵.

O procedimento formal estabelecido para uma emenda constitucional está previsto no artigo 60 da Constituição de 1988:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira, Os limites da Revisão Constitucional, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.5, n.21, p. 69-91, out/dez. 1997.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1072.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207-208.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 136.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”¹¹⁶

A participação popular na iniciativa da proposta de emenda constitucional não foi expressamente prevista na Carta Magna brasileira, contudo, José Afonso da Silva aponta que também não está de todo excluída tal participação, tendo em vista a previsão constante do artigo 1º, parágrafo único, o qual estabelece que o exercício do poder, que emana do povo, será exercido por meio de representantes ou diretamente por meio de referendos ou iniciativa popular.¹¹⁷

As emendas constitucionais, por retirarem sua competência da própria Constituição, também estão sujeitas ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal¹¹⁸.

2.1.2 Revisão Constitucional

A norma prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecia que fosse efetuada uma revisão constitucional após o decurso de cinco anos da promulgação da Constituição, tendo como quórum o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral¹¹⁹.

Essa revisão foi cunhada com uma rigidez mais amena do que a estabelecida para as emendas constitucionais, pois a intenção do constituinte original era a de permitir que

¹¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 mar 2013.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.63-64.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.147.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 mar 2013.

este instituto fosse aplicado com uma maior facilidade em razão de sua característica excepcionalíssima¹²⁰.

A revisão constitucional nos moldes previstos pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já ocorreu, não sendo mais cabível a utilização desse instituto para operacionalizar alterações formais na Constituição Federal¹²¹. É digno de nota que o processo de revisão da Constituição incorreu em apenas seis Emendas Constitucionais de Revisão, com inexpressiva modificação do ordenamento vigente¹²².

2.2 Mutação constitucional

As Constituições não podem aspirar à imutabilidade de suas normas como pressuposto da sua rigidez. No intuito de consolidar sua permanência no tempo, as Cartas Superiores estão sujeitas à possibilidade de alteração. Diante dessa perspectiva é que foi inserido bojo das constituições os procedimentos que permitam efetuar revisões, adequando-as às demandas econômicas, sociais ou culturais da sociedade, mantendo a estabilidade do ordenamento jurídico¹²³.

Contudo as alterações formalmente previstas não são os únicos meios de ajuste das normas fundamentais. Ao lado da reforma formal, que é um processo permeado de restrições e complexidades, existe a possibilidade de alteração informal da norma sem a necessidade de proceder às alterações textuais. Esse método é chamado de mutação constitucional¹²⁴.

Gilmar Mendes afirma que este é “um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional¹²⁵”, esclarecendo, ainda, que a regra de direito se torna uma norma jurídica ao ser interpretada e aplicada ao caso concreto, e que cada vez que o texto é aplicado a uma situação em espécie, este muda o sentido, sendo a lei limitada no

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.208.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.62.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.122.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito constitucional, Controle de Constitucionalidade*, 2006, disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=207, Acesso em 05 de Abr. 2013.

tempo. Consequentemente, uma alteração no entendimento do sentido normativo pode ensejar uma mutação constitucional¹²⁶.

Nas palavras de Canotilho:

“[...] Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto¹²⁷”

Para haver uma mutação constitucional, uma das características intrínsecas é a discrepância entre a norma constitucional e a realidade a qual ela deva ser aplicada. A mudança no entendimento da norma ocorre, sem que seja alterado o texto¹²⁸.

Gilmar Mendes aduz que a mutação constitucional se origina em um avanço na compreensão doutrinária e jurisprudencial¹²⁹.

Com efeito, as mutações constitucionais são fenômenos constatados nas constituições escritas em razão de alterações na realidade fática, decorrentes de um mundo que está em constante evolução, em consequência torna-se fundamental uma nova compreensão da interpretação normativa constitucional, desde que esta corresponda ao anseio popular, ganhando uma roupagem democrática¹³⁰.

Inocêncio Martires expressa o seguinte entendimento:

“Se é verdade que *novas acepções* atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de *termos novos* – tanto que devemos repetir as palavras idênticas quando as utilizamos, proximamente com sentidos diversos –, se isso for verdadeiro, então parece lícito concluir que, a rigor, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada sua roupagem verbal”¹³¹

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Caderno de Direito constitucional, Controle de Constitucionalidade, 2006, disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=207, Acesso em 05 de Abr. 2013.

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1128.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 152.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Caderno de Direito constitucional, Controle de Constitucionalidade, 2006, disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=207, Acesso em 05 de Abr. 2013.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.126.

¹³¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 39.

A alteração do significado normativo constitucional é um processo imperceptível, ocorrendo de forma reiterada, não podendo ser representado por um único evento¹³². E tem por fundamento não contrariar a própria Constituição, devendo necessariamente ser acolhida pela Carta Magna¹³³.

Conforme já estudado, as alterações formais da constituição, quais sejam, a emenda e a revisão, só podem ser apresentadas pelos titulares listados na própria Constituição. A reforma informal também retira sua legitimação do próprio texto Constitucional, entretanto não são expressos os agentes de tal reforma. As alterações informais são realizadas de forma não organizada por meio do Poder Constituinte Difuso¹³⁴.

O titular do poder constituinte difuso é o próprio povo, enquanto titular do poder, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal. Barroso esclarece que as mutações precisam estar justificadas nos anseios advindos da coletividade¹³⁵.

Este poder difuso advém da necessidade constante de arrematar o texto constitucional nas suas lacunas ou incompletudes, em razão de ser a Constituição um *organismo vivo*. Embasa-se na própria Lei fundamental, que necessita ser posta em prática, nos casos concretos, decorrendo da própria lógica da Constituição¹³⁶.

O conceito de mutação constitucional teve por berço a doutrina alemã, que constatou diversas alterações informais no texto constitucional, notadamente na constituição de 1871¹³⁷. Essas alterações informais vieram a contrapor a tradicional doutrina européia, de origem francesa, na qual somente eram admitidas alterações formais¹³⁸.

No entanto, é nos Estados Unidos que tal prática obteve grande atuação. Dentre os motivos, em grande parte deve-se ao sintetismo da Constituição americana, bem como sistema adotado, pois o *commom law* enseja uma maior criatividade e

¹³² BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

¹³³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

¹³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.126.

¹³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10-11.

¹³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. p 54.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123.

discrecionalidade jurisdicional. Destaca-se o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, no qual houve profunda alteração no sentido da separação racial americana¹³⁹.

A mutação constitucional não pretende ser um ato de mero mutalismo. A correção de uma norma constitucional com base em princípios atualizados, em consonância com o momento vivido por uma sociedade, é um meio hermenêutico válido. Podendo ser considerada uma forma de afirmação textual com a finalidade de garantir a estabilidade constitucional, ao passo que a mesma amolde-se aos novos tempos¹⁴⁰.

Com a finalidade de assegurar eficácia jurídica a todo o ordenamento, é que se justifica a validade da interpretação por meio de uma mutação constitucional desde que respeitados os princípios estruturantes da Constituição¹⁴¹.

Nas palavras de Inocêncio Mártires:

“(...) as tão criticadas mutações constitucionais poderão ser assimiladas como procedimentos – embora heterônomos e abreviados – de criação jurídica que, mediante interpretações atualizadoras, tem a virtude de regenerar o texto constitucional sem apelo às revisões formais, que tanto prejuízo acarretam para o prestígio da Constituição. Por conseguinte, desde que respeitem o sentido e o alcance do texto fundamental, desde que não lhe introduzam alterações sub-reptícias, essas mutações atualizadoras podem ser admitidas sem reservas nem preconceitos”¹⁴²

Esse tipo de revisão constitucional não é tão comum no Judiciário Brasileiro. Tal posicionamento está em processo de transformação, devido à jurisprudencialização e ao ativismo judiciário, tendo, por exemplo, a tendência do STF no controle de constitucionalidade difuso¹⁴³.

Alguns autores apontam que não há limites para as mudanças informais de constituição. Tais como Bulos, que afirma que “a única limitação que poderia existir (...) seria a consciência do interprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado”¹⁴⁴.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.124.

¹⁴⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 5-10.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 152.

¹⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 42.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.138.

¹⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p 91.

Entretanto essa não é a posição doutrinária majoritária. Canotilho ressalta a necessidade de limites à mutação constitucional, para que esta não se transforme na forma de interpretação corrente¹⁴⁵.

A mutação constitucional, mesmo tendo caráter de reforma informal, está sujeita à observação de limites, quiçá maiores dos que os estabelecidos para as reformas formais¹⁴⁶, uma vez que as mutações estão sujeitas ao texto constitucional, devendo manter a interpretação fiel aos sentidos que podem ser extraídos na norma interpretada¹⁴⁷. Com bem ressalta Inocêncio “ao aplicador da lei- por maior que seja sua liberdade de interpretação – não é dado atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido literal linguisticamente possível, que, aqui, funciona como limite da interpretação¹⁴⁸”.

Os princípios constitucionais também atuam como limites dessa mutação, uma vez que estes por serem os preceitos básicos do ordenamento jurídico, atribuem uma identidade a determinada constituição. Caso os anseios da maioria social sejam contrários aos princípios estabelecidos, faz se necessária a promulgação de uma nova constituição¹⁴⁹.

Barroso adverte que na determinação se a interpretação é possível e está em conformidade com os ditames constitucionais, “a última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰”.

2.3 Mutação Inconstitucional

A mutação constitucional consiste de um processo de reforma informal da Constituição, na qual há a alteração do sentido da norma, preservando-se o texto vigente, sendo esta mudança derivada de alterações presentes na sociedade¹⁵¹.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1128.

¹⁴⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 11.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127.

¹⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 56.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.128.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.133.

¹⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p 54.

As revisões informais da constituição estão sujeitas aos próprios limites constitucionais, quais sejam, a letra das normas constitucionais e o espírito da Constituição, funcionando estes como uma barreira, que se transposta acarreta na transmutação da mudança informal em uma mutação inconstitucional¹⁵².

Para Canotilho, a necessidade de alinhamento entre o programa normativo e sua esfera, tornam aceitáveis as alterações no sentido da norma constitucional, desde que seus princípios estruturais sejam respeitados¹⁵³.

Justamente pelo caráter informal da mutação, é que por vezes os limites são desrespeitados. Segundo Barroso, é passível a ocorrência de uma mutação que afronte a constituição, normalmente resolvendo-se a inconstitucionalidade com a invalidação desta por meio dos Órgãos competentes, tendo em vista que não é cabível a uma situação fática sobrepor-se ao direito¹⁵⁴. No entanto, mesmo as alterações constitucionais estando sujeitas a controle, eventualmente algumas mutações que desrespeitam os limites não são submetidas a nenhum processo de rejeição pelos legitimados¹⁵⁵.

Anna Candida aponta que a ausência de um controle das mutações inconstitucionais pode ser identificada pelos seguintes motivos:

“Os processos de mudanças são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc.”¹⁵⁶

As mutações inconstitucionais tem por característica a facilidade de identificação da incompatibilidade do novo sentido com a Constituição, e não necessariamente essas mutações terão caráter definitivo, pois podem alcançar seu fim em um único ato¹⁵⁷.

Vários são os meios possíveis de ocorrência das mutações inconstitucionais, como aponta Anna Candida “as leis, os atos administrativos de finalidade administrativa ou

¹⁵² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 243.

¹⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1129.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.128.

¹⁵⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 243.

¹⁵⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 243.

¹⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 244.

política e a interpretação judicial contrários à constituição, o costume e as práticas inconstitucionais, inclusive os chamados golpes de estado”¹⁵⁸.

Canotilho esclarece que em alguns casos é tênue a linha que separa a mutação constitucional da mutação inconstitucional:

“Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando tiver em conta o primado do legislador para evolução constitucional (...) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional”¹⁵⁹

A ocorrência de mutações inconstitucionais em um ordenamento jurídico pode ter consequências nefastas, tais como a subtração de poder ou até mesmo uma revolução¹⁶⁰.

Quanto as consequências desse tipo de alteração da norma constitucional, Bulos ressalta que “as mutações inconstitucionais representam o maior de todos os riscos que pode sofrer uma Constituição, em se falando de mudanças informais por ato interpretativo”¹⁶¹.

Necessário, portanto, se faz combater as mutações inconstitucionais, segundo Anna Candida, por meio do “fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação e efetivação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, maior participação do povo no processo político”¹⁶².

2.4 Ativismo Judicial e a judicialização da política

Em razão do atual cenário vivido pelo direito no mundo, em especial a expansão do judiciário, o ativismo judicial e a judicialização da política tornaram-se temas de grande relevância pública.

¹⁵⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 246.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1130.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.128.

¹⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p 138.

¹⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 251.

O fenômeno da expansão do judiciário deriva da “progressiva mobilização política das sociedades ocidentais”¹⁶³ que, em razão da constante evolução social, são demandados novos entendimentos do ordenamento vigente.

Na judicialização da política, matérias de cunho político acabam sendo julgados nos tribunais, ao invés do Congresso Nacional ou do Executivo. Ocorre frequentemente uma alteração de poder decisório para as mãos do judiciário¹⁶⁴.

Barroso aponta como causas da judicialização a redemocratização do país, sedimentada na Constituição de 1988; a constitucionalização abrangente, uma vez que a Constituição de 88 incorporou um âmbito grande de matérias; e o controle de constitucionalidade estabelecido na Carta Magna, pela sua abrangência quanto a possibilidade de ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, bem como pela larga lista de órgãos ou entidades autorizados a propor a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶⁵.

Diferenciando judicialização de ativismo, Barroso esclarece que apesar de próximos, diferem em sua origem:

“A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”¹⁶⁶

Na busca por uma efetiva concretização dos direitos constitucionais, a atuação mais ativa do judiciário poder manifestar-se por meio da aplicação da norma constitucional em situações não previstas originariamente; quando declarada a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo nos casos em que a inconstitucionalidade não

¹⁶³ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. *Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial*. Porto Alegre, ano 8, n.36, p. 88-105, nov/dez. 2010.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

seja flagrante; ainda quando determina aos demais Poderes atuações específicas, principalmente quanto à aplicação das políticas públicas.¹⁶⁷

Segundo Barroso “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do direito”. Partindo do entendimento da criatividade judicial como uma “produção do direito por obra dos juízes”¹⁶⁸, cumpre ressaltar conforme já estudado, que o modo de criação do direito pelo legislador difere do processo de criação do juiz.

Importante esclarecimento nos apresenta Inocêncio Mártires, quando afirma que “pensando bem, *ativismo* é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito”¹⁶⁹, uma vez que no ativismo judicial o juiz, agindo proativamente, interpreta as leis de forma criativa.

O ativismo judicial é apontado por críticos pela possibilidade deste afrontar o sistema democrático, principalmente em função de uma possível interferência no princípio da separação de poderes. No entanto, a separação de poderes contemporaneamente é entendida como uma separação, mas como um equilíbrio entre os poderes, com influências recíprocas, na medida em que o direito e a política apesar de serem sistemas fechados, interferem-se mutuamente¹⁷⁰.

A democracia também está preservada, uma vez que o ativismo judicial tem como uma de suas características a proteção das minorias, por meio de uma posição contramajoritária, na medida em que os valores e direitos fundamentais sejam protegidos independente da vontade da maioria dominante¹⁷¹.

Segundo Gisele Citadino, o aumento dos poderes do Judiciário não é antidemocrático, na medida em que tenham por finalidade garantir o direito dos cidadãos, bem como a soberania popular:

“Afim, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 13.

¹⁶⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XIV nº 329, p. 18, Out.2010.

¹⁷⁰ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. *Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial*. Porto Alegre, ano 8, n.36, p. 88-105, nov/dez. 2010.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos”¹⁷²

O ativismo judiciário não está pautado na arbitrariedade, sendo a prática do ativismo fruto da hermenêutica jurídica. A expansão do ativismo de forma equilibrada e harmônica é justificada em razão da necessidade de “construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas”¹⁷³.

¹⁷² CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v. 05, n. 09, p. 105-113, jul./dez. 2004, p. 107.

¹⁷³ COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XIV nº 329, p. 18, Out.2010.

3 LIMITES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – JUDICIAL REVIEW

3.1 Análise de caso – ADI 4277 - União estável homoafetiva

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277 foi julgada pelo Supremo Tribunal federal em maio de 2011. A ADI foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, no entanto em razão de coincidência de objetos, a mesma foi julgada conjuntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, tendo sido considerado encampados os fundamentos esposados na ADPF 132 pela ADI 4277. A ação foi proposta tendo por objeto a declaração de *“a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”*¹⁷⁴. Tal solicitação foi embasada na afirmação de que a obrigatoriedade do reconhecimento deste tipo de união é inferida dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. O pleito foi quanto à interpretação do artigo 1.723¹⁷⁵, do Código Civil, de forma que a união homoafetiva fosse incluída no conceito de família.

A ADPF 132 foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto era interpretar o artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal, tendo sido reconhecida a união homoafetiva por unanimidade.

No curso do julgamento foram demandados esclarecimentos, dentre outros, à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e aos Tribunais de Justiça dos Estados. Os TJs do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná consignaram que dentre seus julgados, em sua grande maioria tem sido decididos favoravelmente à equiparação. Contrariamente, posicionam-se os TJs do Distrito Federal e Santa Catarina. Já o TJ da Bahia exarou entendimento quanto ao não cabimento da ADPF. O TJ do Espírito Santo entende que o rol de famílias constantes da Constituição Federal não é taxativo, cabendo, portanto, o

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento 05 de Maio 2011, DJe nº 198, publicação 14 out 2011 Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em 18 mar 2013

¹⁷⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

reconhecimento pleiteado. Os tribunais do Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima informaram não ter julgados com objeto pleiteando esse tipo de reconhecimento.

A Assembléia Legislativa do RJ informou a existência da lei estadual 5.034 de 2007, que possibilita aos servidores a inclusão de companheiros do mesmo sexo como dependentes.

O relator da presente ADI foi o Ministro Ayres Britto, que em seu voto acatou o pedido das duas ações, interpretando o artigo em análise (1.723 do Código Civil) conforme a Constituição, consignando que, embasado no artigo 3º IV da CF¹⁷⁶, o sexo não pode ser utilizado como determinante de desigualação normativa, uma vez que este inciso exprime que a proteção e o bem estar de todos é um dos objetivos fundamentais da república, não sendo aceitas discriminações em razão do sexo. O Ministro aponta, ainda, que há um silêncio normativo sobre o conceito de sexo, não havendo proibição expressa na Constituição quanto às relações homoafetivas, partindo do pressuposto “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado está juridicamente permitido”, normatizado pelo artigo 5º, inciso II da Constituição¹⁷⁷.

Prosseguindo em seu voto, o ministro entende que a orientação sexual além de ser um direito fundamental, é um bem de personalidade advindo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme disposto no artigo 1º, inciso III da CF¹⁷⁸. Aponta ainda que da mesma forma que homem e mulher devem ter direitos igualitários, assim também deverá ser o tratamento entre homoafetivos e heteroafetivos. Sendo qualquer postura diferenciada classificada como preconceito¹⁷⁹.

Partindo do pressuposto de que todos, sem distinção, são “iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados”¹⁸⁰, o ministro entende que a família protegida pelo Estado no artigo 226 caput da Constituição¹⁸¹, deve ser entendida como um fato cultural e espiritual, não importando se a mesma é constituída formal ou informalmente, se por casal heterossexual ou por pessoas do mesmo sexo, uma vez que a

¹⁷⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ayres Britto, p. 24.

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ayres Britto, p. 28.

¹⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ayres Britto, p. 31.

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ayres Britto, p. 33.

¹⁸¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

própria Constituição não faz tal distinção¹⁸². Concluindo que o conceito de família não deve ser compreendido de forma reducionista, encaixando as uniões homoafetivas perfeitamente dentro de tal conceito. Isto posto, julgou procedente as duas ações.

Em sequência o Ministro Luiz Fux votou, acompanhando o voto do Ministro Relator quanto ao conhecimento da ADPF 132 como ADI, e julgando-a em conjunto com a ADI 4277. Em seu voto, considera que não há distinções entre a união estável heterossexual e a união estável homossexual, entendendo que a união homoafetiva está abarcada pelo conceito constitucional de família, devendo ser protegida pelo Estado¹⁸³.

O Ministro ressalta que é indispensável o reconhecimento da igualdade de tratamento, dando a todos iguais considerações e respeito, competindo ao Estado assegurar que todos tenham igualdade de oportunidades em todos os aspectos da vida¹⁸⁴.

Constatando as mudanças ocorridas no mundo, e na sociedade, com a crescente aceitação das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro aponta uma série de alterações legislativas, tendendo a legitimar as uniões homoafetivas¹⁸⁵.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia também entende pela procedência das ações, apontando que a escolha por uma união homoafetiva é o exercício de uma liberdade individual, garantido Constitucionalmente¹⁸⁶. Assevera que a norma prevista no parágrafo 3º do artigo 226¹⁸⁷ da Constituição deve ser interpretada harmonicamente, e à luz dos princípios constitucionais, a fim de que seja escolhida a melhor interpretação possível para o artigo 1.723 do Código civil.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou em seguida, inicialmente buscando esclarecer o conceito de família no ordenamento Constitucional. Perpassando pelas constituições de 1937, 1946 e 1967, o Ministro constata que em todas elas ligava-se a família ao casamento. Com a promulgação da Constituição de 88 houve um rompimento dessa

¹⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ayres Britto, p. 38.

¹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Luiz Fux, p. 62.

¹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Luiz Fux, p. 62-63.

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Luiz Fux, p. 70.

¹⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Carmem Lúcia, p. 87.

¹⁸⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

conexão entre família e casamento. Construíram-se três tipos de família: “a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental”¹⁸⁸.

Segundo o entendimento do Ministro, e também anteriormente debatido pela Suprema Corte, a união estável constante no artigo 226, § 3º da Constituição é sempre entre homem e mulher, pessoas de gênero distinto, necessariamente com caráter de constância, a cuja relação será assegurada a conversão em casamento. Com isso, o Ministro não entende ser possível o enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma das famílias originalmente prevista na Constituição, visto não ter sido essa a vontade do legislador constituinte¹⁸⁹.

Portanto, o Ministro rejeita a possibilidade de ocorrência de uma mutação constitucional, bem como entende não ser o caso de interpretar a norma de forma extensiva¹⁹⁰. Partindo da aplicação do método de integração do direito, ele classifica a união homoafetiva não como uma união estável, mas como uma quarta possibilidade de entidade familiar, advinda da compreensão sistêmica do texto constitucional, concretizando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual¹⁹¹.

Embasando seu entendimento, o Ministro afirma que o rol de entidades familiares disposto no artigo 226 da Constituição é meramente taxativo, e em razão da existência de lacunas no texto constitucional advindas de alterações sociais supervenientes à promulgação da atual Constituição, permitiu-se a utilização da analogia a fim de normatizar essa nova realidade, enquanto o Congresso não legisla sobre o caso, motivos pelo qual julgou procedentes as ações¹⁹².

O próximo a votar foi o Ministro Joaquim Barbosa, afirmando que o silêncio constitucional sobre a união homoafetiva não deve ser interpretado como um tipo de repúdio. E por esta razão deve-se dar proteção aos direitos dessa minoria. Postula que tal reconhecimento deve ser embasado no princípio da dignidade humana, ressaltando a vedação constitucional da discriminação. Ele entende que a união homoafetiva deve ser reconhecida

¹⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p.99.

¹⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 101.

¹⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 102.

¹⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 103-104.

¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 108-109.

não pelo artigo 226, § 3º da Constituição, mas fundada na proteção dos direitos fundamentais. Razão pela qual vota com o relator¹⁹³.

O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto analisando que o pedido de interpretação conforme a Constituição não seria o melhor método interpretativo, em razão dos limites impostos a este método, bem como devido ao fato do artigo 1.723 do Código Civil ser “quase um decalque da norma constitucional”, não cabendo, portanto, o reconhecimento com base no artigo 1.723 do Código Civil, e nem no artigo 226, § 3º da Constituição¹⁹⁴.

O Ministro aponta que o Congresso Nacional seria o melhor Poder para regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, como efetuado em muitos países, no entanto, em razão da inércia do Parlamento brasileiro, o Supremo não pode olvidar em reconhecer a existência do direito fundamental básico de minorias¹⁹⁵. Tendo o Estado dever de proteção dessas minorias¹⁹⁶.

O Ministro conclui seu voto afirmando que é cabível o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, com base nos direitos das minorias, bem como nos direitos fundamentais da Constituição, evidenciando que existe uma lacuna normativa, sobre a qual urge a necessidade de uma solução provisória por parte do Supremo, até que o assunto seja tratado definitivamente pelo Poder Legislativo¹⁹⁷.

O Ministro Marco Aurélio abre seu voto afirmando que o STF, reconhecendo a união homoafetiva, não incorre em um transbordamento dos limites jurisdicionais¹⁹⁸. Ele infere que o direito de família foi substancialmente alterado com a promulgação da Constituição de 1988, em razão dos diversos tipos de família ali previstos¹⁹⁹. Julgando procedentes as ações, conferindo interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, em razão dos preceitos constitucionais da não discriminação e respeito à dignidade humana.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, pondera que historicamente o Brasil tem tratado os casais homoafetivos com preconceito e discriminação, e que a decisão do Supremo irá assegurar o respeito e a dignidade que esse grupo minoritário faz jus. Esclarece que o comportamento positivo do Poder Judiciário não é um mero ativismo judicial,

¹⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Joaquim Barbosa, p.116-117.

¹⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Gilmar Mendes, p.156.

¹⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Gilmar Mendes, p.168.

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Gilmar Mendes, p.171.

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 191.

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Marco Aurélio, p. 199.

¹⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Marco Aurélio, p. 205.

mas sim uma decorrência da omissão pública, e que a prática de um ativismo moderado é uma necessidade em função da omissão ou postergamento da ação pelo Poder competente, que geram ofensas constitucionais²⁰⁰. Não podendo o Guardião da Constituição renunciar ao dever de proferir uma decisão ao caso.

Concluindo, julgou procedente a ação, de modo que seja obrigatório, com efeito vinculante, o reconhecimento das relações homoafetivas, desde que preenchidos os mesmos requisitos exigidos para as uniões estáveis heteroafetivas²⁰¹.

Encerrando a votação, o Ministro Cezar Peluso, Presidindo a Corte, entendeu que não há um *numerus clausus* na norma do parágrafo 3º do artigo 226, da constituição. Concebendo que à luz dos princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação, dentre outros, é possível extrair outros tipos de famílias, além das literalmente previstas. Reconhecendo uma lacuna normativa, que necessita ser preenchida pelas normas reguladoras do Direito de Família, ressaltando que é necessária a intervenção do legislativo na questão ora suscitada²⁰².

3.1.1 Mutação Constitucional ou Interpretação Construtiva do Direito?

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277, reconhecendo a união homoafetiva, gerou em parte da doutrina o entendimento quanto à ocorrência de uma mutação constitucional. No entanto, a aplicação da tese de mutação não consta dos votos apresentados pelos Ministros, ao contrário, esta foi abertamente descartada pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

“Não há aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma mutação constitucional, ou mesmo de proceder a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria lei maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no artigo 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional”²⁰³.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Celso de Mello, p. 257-258.

²⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Celso de Mello, p. 261.

²⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Cezar Peluso, p. 264.

²⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 102.

Como já estudado, a mutação constitucional consiste na “alteração, não da letra ou sentido expreso, mas do significado, do sentido, e do alcance das disposições constitucionais”²⁰⁴. Ou seja, ocorre uma mudança na forma como a norma é compreendida, mantendo-se a letra originalmente disposta.

Entretanto, dos votos exarados no julgamento da ADI 4277, não foi identificada a aplicação da mutação constitucional como justificativa para o reconhecimento da união homoafetiva em nenhuma das justificativas apresentadas pelos Ministros. Em nenhum dos votos consta a argumentação quanto a uma possível alteração em relação a um entendimento anterior, ou que o reconhecimento das uniões homoafetivas deu-se apenas em razão de alterações sociais.

Somente o Ministro Luiz Fux é que, em determinado momento de seu voto, menciona a necessidade de interpretar a Constituição de forma compatível “com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade”²⁰⁵, afirmando que uma mudança fática poderia constituir uma mutação normativa. Contudo, dando prosseguimento ao seu voto o Ministro não mantém esse possível entendimento quanto a uma mutação constitucional, pois finaliza seu voto propugnando pelo reconhecimento da união homoafetiva em razão de tal possibilidade já estar implícita na própria Constituição, no conceito de família, ressaltando que o artigo 226 é de característica emancipatória²⁰⁶.

Os Ministros ponderaram que o reconhecimento da união homoafetiva decorreu do próprio ordenamento constitucional, que preza pela não discriminação de origem, raça, sexo, cor ou idade, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal.

Como a Ministra Carmem Lúcia, que em seu voto consignou que na promoção do bem de todos, qualquer discriminação é repudiada pela Constituição, não sendo aceitável que uma regra também constitucional estabeleça a perpetuação de um ato discriminatório²⁰⁷.

Os Ministros da Suprema Corte também embasaram suas decisões no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, demonstrando que foi construído um posicionamento baseado em um princípio geral de proteção, na medida em que este artigo estabelece que

²⁰⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

²⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Luiz Fux, p. 70.

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Luiz Fux, p. 71.

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Carmem Lúcia, p. 91.

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ou seja, a proteção da união homoafetiva já estava implícita.

Dentre as diferenças entre mutação constitucional e interpretação construtiva, consta que no construtivismo existe uma ampliação, por meio de valores ou princípios, do sentido que uma norma constitucional pode alcançar, de modo que seja possível que a regra abarque uma nova hipótese não constante expressamente do texto. Ao passo que na mutação constitucional o que ocorre é uma alteração no entendimento anterior que era dado a certa norma constitucional²⁰⁸.

Conforme pode ser verificado, a decisão da Suprema Corte foi sedimentada em princípios gerais, conforme voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabeleçam a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais”.

A decisão da Suprema Corte se coaduna com a teoria construtivista do direito, uma vez que a presente decisão foi fundamentada em uma comunidade de princípios já presentes na Constituição, pois conforme propugnado por DWORKIN²⁰⁹, buscou-se a melhor interpretação possível da prática e do texto constitucional de forma que tal interpretação construtiva esteja alinhada aos princípios constitucionais e, ainda, ao conceito de integridade, na medida em que se buscou a melhor luz sobre o caso²¹⁰.

Para que a decisão do Supremo fosse caracterizada como uma mutação, mister seria que essa prática ocorresse de forma reiterada, lenta e imperceptível²¹¹, de modo que a mesma só pudesse ser percebida quando comparados os entendimentos constitucionais anteriores com os atuais²¹², entretanto, quando demandado esclarecimento aos Tribunais Estaduais foi constatado que o entendimento quanto à união homoafetiva não era uniforme²¹³.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 474.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

²¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

²¹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Relatório Min. Ayres Britto, p. 10.

Corroborando o entendimento quanto à interpretação construtiva, o Ministro Gilmar Mendes afirma em seu voto que o reconhecimento da união homoafetiva não se deu com base no artigo 226, § 3º da Constituição, que “claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil”²¹⁴ não cabendo outra aceção. Ou seja, não mudou o sentido da norma prevista no artigo 226 da Constituição.

A construção do entendimento do conceito união homoafetiva como família não foi um ato de inovação, não se criou nada novo, uma vez que esta nova modalidade de entidade familiar advém da compreensão sistemática da Constituição, do clareamento de princípios que já constavam da Carta Maior. Nas palavras de Cristina Queiroz “o tribunal propõe-se unicamente demonstrar aquilo que já se encontrava implícito no texto a interpretar”.

3.2 Autocontenção – Self-Restraint

A expansão do Poder Judiciário ocorre como contrapeso necessário em razão do gigantismo dos Poderes Executivo e Legislativo²¹⁵, ou em função da “persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo”²¹⁶, como tem acontecido com o legislativo brasileiro recentemente.

Conforme estudado, o ativismo judicial está ligado a uma maior interferência do judiciário em questões cuja competência original seria do Executivo ou Legislativo. Em oposição ao ativismo, a autocontenção judicial ou self-restraint é caracterizada por uma retração do judiciário em questões atribuídas aos outros Poderes²¹⁷.

Segundo Barroso, fundado neste princípio:

“Juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 116.

²¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.47.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”²¹⁸

A autolimitação não tem uma natureza heterônoma, advindo da forma aberta adotada pela Constituição Brasileira, bem como de sua fragmentação e incompletude, uma vez que não é possível ao constituinte originário, prever todas as situações que demandariam regulamentação constitucional²¹⁹.

Por este princípio originado dos Estados Unidos, os juízes se autolimitam, somente decidindo temas jurisdicionais, não adentrando no mérito de temas políticos, entretanto Canotilho ressalta que não cabe aos tribunais constitucionais absterem-se de julgar por tratar-se de matéria de cunho político²²⁰.

A autocontenção era uma prática comum ao judiciário brasileiro, porém esta tem cedido lugar ao ativismo judiciário, principalmente após a promulgação da Carta de 1988, sendo usual a coexistência de ambas as práticas²²¹.

Gilmar Mendes recomenda “um mínimo de self-restraint, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional – v.g., um controle efetivo do controlador- acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade”²²².

3.3 Princípios Políticos e Jurídicos

Os princípios políticos e jurídicos constituem uma importante base na interpretação das normas constitucionais. Tais princípios vinculam tanto o legislador ao criar a norma, quanto os juízes ao interpretá-la²²³.

Os princípios jurídicos podem ser expressos ou estarem implícitos na Constituição, eles podem ter uma função negativa ou positiva, direcionando materialmente a

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* – Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 463.

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1309.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013.

²²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* – Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 462.

²²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1165-1166.

interpretação dada à norma.²²⁴. Segundo Dworkin os princípios devem ser considerados, pois “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²²⁵.

Já os princípios políticos evidenciam as principais diretrizes políticas consideradas de fundamental importância para o legislador originário, sendo, por esta razão, também considerados como limitadores na interpretação e revisão constitucional²²⁶.

Dworkin distingue princípios de políticas, sendo que as políticas significam uma premissa a ser atingida, incorrendo em um desenvolvimento econômico, político ou social²²⁷.

Segundo Daniela Ikawa:

“Os princípios estão, portanto, ligados a um caráter distributivo voltado ao indivíduo ou, em outras palavras, à consideração do indivíduo como um fim em si mesmo. As políticas estão, por sua vez, conectadas a um caráter distributivo voltado à comunidade como um todo”²²⁸.

Para a autora, na acepção de Dworkin, os princípios tem por finalidade a proteção dos direitos individuais ou de grupos, ao passo que as políticas são voltadas para o bem estar geral, de toda a coletividade. Sob esse aspecto, os juízes e tribunais, ao decidirem uma lide devem fixar-se precipuamente em proteger o indivíduo ou grupo, não se imiscuindo em deliberações voltadas para o bem comum, que são atribuições dos outros poderes²²⁹.

Conforme aduz o próprio Dworkin referindo-se a seu ideal de juiz, Hércules:

“(...) Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação”²³⁰.

²²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1165.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1166.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²²⁸ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em: 28/03/2013.

²²⁹ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em: 28/03/2013.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 474/475.

Ou seja, os princípios jurídicos e políticos funcionam como um limitador nas decisões a serem emanadas pelos juízes e tribunais.

3.4 Atuação da Suprema Corte Brasileira

Após o Supremo ter decidido que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como uma espécie de família, muitos juristas insurgiram contra esta decisão, sob o argumento de que não caberia à Suprema Corte decidir sobre uma questão de cunho eminentemente legislativo.

Ives Gandra considerou que o Supremo Tribunal agiu como um legislador ao acrescentar outro conceito de família à Constituição vigente, e que o tratamento até então dado aos casais homoafetivos em nada feria os princípios constitucionais da dignidade, igualdade e liberdade, mencionando a decisão da Corte Francesa que declarou ser de do legislativo e não do judiciário a competência para legislar sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo²³¹.

Já Lenio Streck, antes mesmo da decisão ser proferida, apontava que não cabia ao judiciário colmatar lacunas por meio de decisões “legiferantes”. Segundo o jurista, a regulamentação das uniões homoafetivas deve ser efetuada pelo Poder Legislativo, e não pelo Judiciário, agindo de forma ativista²³².

Segundo Dworkin, a inércia legislativa em casos difíceis muitas vezes ocorre devido ao fato de que os legisladores são eleitos pela maioria, que não os reelegerão caso os mesmo se ponham a defender direitos minoritários sobre os quais a maioria é contrária²³³.

Entretanto, diante da inércia do Poder Legislativo quanto às questões homoafetivas, é defensável que o poder judiciário regulamente tais relações, dando proteção a

²³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade#autores>>. Acesso em: 12 abril 2013.

²³² STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias*. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 2, 2009, p. 75-83.

²³³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 448-449.

uma minoria, conforme assinalado pelo Ministro Ricardo Lewandowski “ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo”²³⁴.

Tal posicionamento encontra guarida no entendimento de Cappelletti, que adverte sobre o fato de que os juízes ao interpretarem as normas acabam também criando o direito, mas isso não os torna legisladores, na medida em são diferentes processos de formação do direito²³⁵.

Dworkin entende que os grupos de cidadãos devem ser protegidos pela lei, mesmo que tal proteção vá de encontro ao que a maioria entenda ser a vontade geral, justificando essa proteção das minorias em razão dos direitos morais que tem o indivíduo em face da maioria²³⁶.

O fato de a decisão ter se dado com base em normas implícitas é um meio hermenêutico válido, pois como nos ensina Larenz, perante a existência de uma lacuna normativa, a integração poderá ser efetuada por meio de “um princípio ínsito na lei”²³⁷.

Nesse sentido aduz Cristina Queiroz:

“A vinculação à constituição escrita não exclui o “direito constitucional não escrito”. A constituição não codifica, unicamente regulamenta. Não contém nenhuma codificação, mas uma colaboração pontual de princípios e elementos fundamentais. As suas cláusulas frequentemente estabelecem uma “constituição vigente” (living constitution) que delega nos juízes o poder de aplicar “normas contemporâneas concretas” que os constituintes não previra, e nalguns casos até haviam claramente rejeitado”²³⁸.

Muito tem sido apontado, quanto à falta de legitimidade democrática do judiciário para proferir determinadas decisões, notadamente quanto à legitimidade dos Ministros do STF para construir a decisão relativa às uniões homoafetivas. Ressalta-se que a Suprema Corte não é completamente privada da representação política, conforme nos ensina Cappelletti²³⁹, uma vez que os Ministros da Suprema Corte Brasileira são nomeados pelo Chefe do executivo, após a aprovação da indicação pelo Senado Federal.

²³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 108.

²³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 74.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 209.

²³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 540.

²³⁸ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 113.

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.96.

Em razão do exposto, temos que o reconhecimento das uniões homoafetivas pelos Ministros do Supremo à luz da interpretação construtiva do direito não transbordou os limites impostos, uma vez que a decisão foi baseada nos princípios constantes da Constituição, buscando garantir direitos das minorias, tendo os próprios Ministros apontado para a necessidade de posterior regulamentação legislativa.

CONCLUSÃO

A sociedade está em constante evolução, passando por transformações sociais, culturais econômicas e políticas, e o direito também acompanhou essas evoluções, notadamente o direito constitucional, que foi profundamente alterado após a Segunda Grande Guerra.

A Constituição passa a ter supremacia no Estado Democrático de Direito, sendo modificada a forma de interpretação das normas, que passam a ser também baseadas em princípios. Houve uma expansão da hermenêutica contemporânea, cabendo ao jurista interpretar criativamente as normas constitucionais.

A fim de que fosse possível que a Constituição se adequasse às novas realidades sociais, mantendo seu texto original, surgiram diversos métodos de interpretação constitucional, complementares uns aos outros, não sendo possível determinar qual o método mais justo.

Dentro dessa forma contemporânea de interpretação, surge o construtivismo, que ao aplicar a norma ao caso concreto se utiliza de elementos que não estão no texto, tais como princípios e valores, para confrontar o texto original, na busca da melhor interpretação possível.

Ronald Dworkin apresenta sua Teoria Construtivista, na qual se busca a melhor justificação possível para o caso, levando-se em conta não apenas a norma, mas também os princípios e valores presentes em uma determinada comunidade. Soluciona-se o caso olhando para o passado, mas com enfoque no futuro, de modo a ser reduzida a discricionariedade na resolução de casos difíceis, ressaltando que para Dworkin, a discricionariedade do juiz é fraca. Dessa forma o autor propõe que o direito seja interpretado de uma maneira integrativa.

Também em função da evolução na interpretação constitucional, há uma intensificação da criatividade judiciária ao interpretar a lei, aplicando-a ao caso concreto. Segundo Cappelletti o aumento dessa criatividade deveu-se em razão da expansão judiciária, entretanto esta deve ser limitada por meios processuais e substanciais, a fim de que o judiciário não usurpe a função legislativa.

A fim de adaptar-se às constantes demandas sociais, a constituição prevê formas pelas quais suas normas podem ser formalmente alteradas, quais sejam, as emendas e as reformas constitucionais, contudo, informalmente, a constituição pode ser alterada por meio de uma mutação constitucional, que se dá quando há uma alteração no entendimento anterior, mudando-se o sentido sem alterar o texto da norma.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277 reconheceu as uniões homoafetivas como uma entidade familiar, embasando tal decisão nos princípios de não discriminação, dignidade da pessoa humana, igualdade, bem como na proteção dos direitos fundamentais.

Com essa decisão, aventou-se a possibilidade da Suprema Corte estar aplicando uma mutação constitucional, entretanto da análise dos votos proferidos pelos Ministros pode inferir-se que ocorreu uma construção jurisprudencial, que se coaduna com o modelo de integridade proposto por Dworkin.

No entanto, não houve uma mudança de entendimento do artigo 226 da Constituição Federal. Diante de um caso difícil, a Suprema Corte Brasileira buscou decidir de forma que fosse aplicada a melhor interpretação possível ao caso, fundamentando a decisão em princípios constitucionais, interpretando a Constituição como um todo.

Verificou-se também que não houve transbordamento dos limites jurisdicionais pela Suprema Corte ao reconhecer a união estável homoafetiva, tendo em vista que a decisão foi embasada em princípios implícitos, em conformidade com a Constituição. Aplicando um ativismo considerado necessário para a proteção de uma minoria que não se encontrava resguardada, mesmo que provisoriamente, conforme esclarecido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Diferindo essa interpretação criativa, da criação legislativa, uma vez que ambas são substancialmente diferentes, nos moldes apregoados por Cappelletti.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 05 abr. 2013;

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em 02 de Abril 2013;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 mar 2013;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento 05 de Maio 2011, DJe nº 198, publicação 14 out 2011 Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em 18 mar 2013;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 1997;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003;

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999;

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo S. A hermenêutica Constitucional à luz da racionalidade. *Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania*, Brasília, IDP, 2012, p. 5-39. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/cat_view/115-ebooks> Acesso em 11 mar. 2013;

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. *Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial*. Porto Alegre, ano 8, n.36, p. 88-105, nov/dez. 2010;

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v. 05, n. 09, p. 105-113, jul./dez. 2004, p. 107;

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997;

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XIV nº 329, p. 18, Out.2010;

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986;

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário Vol. 72, 1983;

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Revista Lua Nova, n.61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf> . Acesso em: 28/03/2013;

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Família é aquela que perpetua sociedade*, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade#autores>>. Acesso em: 12 abril 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira, Os limites da Revisão Constitucional, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.5, n.21, p. 69-91, out/dez. 1997;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

MENDES, Gilmar Ferreira. Caderno de Direito constitucional, Controle de Constitucionalidade, 2006, disponível em:

http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=207, Acesso em 05 de Abr. 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012;

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000;

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias*. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 1, n. 2, 2009, p. 75-83.